

Responsabilidad penal y ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Fiscal

Palabras clave: reforma del Código Penal; delitos urbanísticos; prevaricación; cohecho; malversación.

Keywords: Penal Code reform; crimes against urban-planning; breach of trust; brivery; embeezlement.

SUMARIO: I. LA REFORMA PENAL DE 2010.—1. La lucha contra la corrupción en la reforma penal de 2010.—2. La nueva configuración de los delitos de cohecho.—3. Otras novedades en los delitos contra la Administración pública.—4. Nueva perspectiva legal de la corrupción urbanística.—II. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA ACTIVIDAD MUNICIPAL.—1. Prevaricación de autoridades y funcionarios públicos municipales.—2. Delitos de cohecho.—3. Malversación de caudales públicos.—4. Atentados contra autoridades municipales.—5. Responsabilidad civil subsidiaria.

I. LA REFORMA PENAL DE 2010

1. La lucha contra la corrupción en la reforma penal de 2010

En el informe relativo al año 2009 ya se daba noticia del proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes para la modificación del Código Penal. Este proyecto legislativo ha dado lugar a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Una de las líneas maestras de la mencionada reforma es la ampliación y endurecimiento de los tipos delictivos relacionados con la corrupción pública. Se introducen, así, novedades significativas en infracciones penales que, como el cohecho o la prevaricación urbanística, constituyen la manifestación más evidente de este fenómeno criminal.

Han quedado atrás los tiempos en los que los economistas especulaban sobre las supuestas ventajas prácticas de la corrupción. Hoy día los analistas coinciden en el efecto

perverso que las conductas corruptas tienen en la renta nacional, en el libre mercado, en la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en el buen gobierno. Esta creciente y cada vez más unánime preocupación por la incidencia de la corrupción en el adecuado funcionamiento del orden económico y político ha llevado a la proliferación de instrumentos internacionales dedicados a esta materia. Y ha sido precisamente la adaptación a esta legislación internacional la causa principal de los cambios normativos introducidos por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Ahora bien, con ocasión del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, la reforma de 2010 introduce una nueva estrategia legal en la lucha contra la corrupción. En este sentido, el sistema legal heredado del siglo XIX se ha basado hasta ahora en el llamado «modelo mercantil de corrupción», que contempla el comportamiento corrupto con la perspectiva de un contrato de «compra-venta». Desde esta óptica tradicional, el vendedor es el funcionario público, el comprador es un particular y el objeto del negocio es un acto propio de la función que el vendedor desempeña. Éste es el modelo de corrupción tipificado, de forma manifiestamente confusa, por nuestra legislación penal desde el Código de 1822. El cohecho ha sido, de este modo, la figura criminal que ha constituido el arquetipo de conducta corrupta.

La reforma de 2010 se aparta parcialmente de ese modelo de negocio sinalagmático en el que el funcionario vende y el particular compra, de forma puntual y aislada, la realización de un concreto acto administrativo a cambio de una dádiva o ventaja. El nuevo texto penal aclara definitivamente que existen modalidades de cohecho que no responden a esta dinámica contractual.

2. La nueva configuración de los delitos de cohecho

Nominalmente la modificación de los delitos de cohecho se ha dirigido principalmente a adecuar nuestra legislación al Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

A los efectos de cumplir con la legislación internacional, la reforma ha seguido los más exigentes parámetros de evaluación. En concreto, se ha partido de las indicaciones del informe del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) de mayo de 2010. Así, según recomendaba este texto, se ha procedido a una elevación de las penas señaladas para los delitos de cohecho. También se ha procedido a la más clara inclusión de las ventajas inmateriales como objeto posible de soborno. La reforma penal introduce, en esta línea, la expresión «dádiva, favor o retribución de cualquier clase». A estos mismos fines, la concreta cuantía de la multa deja de depender del valor de la dádiva, circunstancia que podía dar a entender que la contraprestación tiene necesariamente carácter

patrimonial. En cualquier caso, no puede ignorarse que la reforma penal no sirve para hacer frente al principal defecto que sigue observando el grupo GRECO en la legislación española: la deficiente regulación de la financiación de los partidos políticos.

Más allá de la obligada adaptación a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, la reforma procede a una completa reestructuración de los tipos de cohecho. Si algo ha caracterizado la regulación española en esta materia —frente a las legislaciones de nuestro entorno jurídico— ha sido la excesiva complejidad sistemática. La regulación precedente se basaba en artificiosas divisiones en función de la naturaleza y las características de los actos esperados o comprometidos por el funcionario público. La reforma de 2010 —aunque conserva la diferenciación esencial entre las modalidades pasivas (arts. 419 a 423) y activas (art. 424) de cohecho— realiza una categorización más sencilla de los tipos delictivos.

Por una parte, conserva, con una técnica normativa más depurada, las dos formas básicas de cohecho relacionadas con el modelo mercantil de corrupción. De este modo, en el nuevo art. 419 se castiga el cohecho *propio*, que se produce cuando la dádiva, favor o retribución se ofrece, promete, acepta o solicita para realizar actos contrarios a los deberes inherentes al cargo o para no realizar o retrasar el que debe practicarse. Si el acto es, además, constitutivo de delito, se establece una cláusula concursal que permite el castigo separado del cohecho y la infracción penal posterior, en caso de que ésta llegue a realizarse. A su vez, el art. 420 castiga el cohecho *impropio*, que se produce cuando el acto del funcionario resulta acorde con los deberes del cargo (art. 420). En ambas modalidades —propia e impropia— hay también cohecho cuando la dádiva, favor o retribución se recibe como recompensa del acto ya realizado. Se castiga, así, en el nuevo art. 421 del texto punitivo el denominado *cohecho subsiguiente*.

Como se ha anticipado, se introduce además una forma de cohecho —cuya existencia en la regulación precedente era discutida— que no responde al modelo mercantil de corrupción, pues no busca la inmediata realización de un acto por parte del funcionario. Al contrario, el particular entrega o promete el favor o retribución en «consideración al cargo o función» del funcionario cohechado, como primer peldaño de un proceso de «captación». Se sigue, así, una línea evolutiva de la estrategia legal contra la corrupción que, en el ámbito del cohecho, lleva al castigo de la llamada «alimentación».

La «alimentación» consiste en hacer llegar dinero o regalos a un funcionario público sin indicación de un fin concreto. Se ofrecen, por tanto, con una apariencia desinteresada. El objetivo final perseguido con la sucesión de liberalidades y regalos es crear una relación de dependencia o disponibilidad a efectos de obtener futuras actuaciones funcionariales favorables. Se trata, en definitiva, de la estrategia de captación que los sociólogos denominan «pesca» y que, finalmente, conduce a que la autoridad o cargo público, más o menos conscientemente, esté en la nómina de los corruptores. Como señalan los criminólogos, este tipo de prácticas —más sutiles que el ofrecimiento directo— son las que más proliferan en la vida real. Especialmente habitual es esta técnica en el ámbito que se ha denominado doctrinalmente como «corrupción provincial», en el que priman

las relaciones interpersonales en sociedades poco abiertas que tienden normalmente a crear estructuras clientelares mediante este tipo de procedimientos.

Una estrategia legal adecuada para enfrentarse a este fenómeno consiste en disociar el favor del particular de la inmediata obtención de un acto por parte del funcionario público beneficiado. Esta línea político legislativa ha llevado en los últimos tiempos a la reforma de los tipos de cohecho en países como Alemania, que ha creado una modalidad delictiva en la que no se exige que la entrega o el ofrecimiento de la ventaja vaya directamente referida a la obtención de una específica e inmediata actuación funcional. Es evidente que esta técnica legislativa también puede ser vista como un mecanismo de facilitación probatoria, en cuanto la prueba efectiva del enlace causal existente entre la ventaja ofrecida u obtenida y un concreto acto de la autoridad o funcionario público puede ser bastante ardua.

En la reordenación de los delitos de cohecho que realiza la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se observa claramente la misma opción político criminal. En el anterior art. 426, en la confusión que caracterizaba los tipos de cohecho hasta ahora vigentes, la entrega o promesa de la dádiva en consideración a la función era una conducta alternativa a la que tiene como objeto la realización por el funcionario de un acto no prohibido legalmente. El nuevo art. 422 del Código establece ahora que:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años».

La mejora en relación al anterior art. 426 es evidente. Al disociar la tipificación de esta modalidad de cohecho de la que consiste en la obtención de un acto «no prohibido legalmente» se aleja toda interpretación jurisprudencial que tienda a convertir este precepto en una modalidad *sui generis* de cohecho impropio en la que siempre sea precisa la localización de un concreto acto del funcionario beneficiado a favor del particular corruptor. A los mismos efectos, en la nueva regulación la ventaja ya no sólo ha de ofrecerse en consideración a la «función», como en el actual art. 426, sino también al «cargo». De este modo, no podrá alegarse en adelante que la autoridad beneficiaria de las ventajas no tiene directamente asumidas las concretas funciones de adjudicación de bienes o contratos. Bastará que sea la consideración a las características del cargo, entre ellas su importancia o jerarquía en la estructura orgánica de la administración afectada, la motivación de la liberalidad del particular.

A su vez, la referencia a la intervención de persona interpuesta viene a plasmar legislativamente la compleja red de intereses encadenados que suele existir en el ámbito de la corrupción. Se hace, así, alusión a la utilización por los corruptores de intermediarios cercanos a la esfera privada del funcionario cohechado. Y, en la misma línea del Código Penal alemán, el beneficiario de la ventaja no tiene por qué ser el propio funcionario, sino también un tercero que esté suficientemente ligado a éste.

Finalmente, la pena ahora prevista en el precepto puede cumplir una finalidad preventiva que era inasequible a la exigua multa de tres a seis meses que establecía la legislación precedente. Es evidente que la pena establecida para esta modalidad de cohecho ha de ser considerablemente más leve que la señalada para las manifestaciones ordinarias de esta conducta criminal. Pero no por ello ha de ser tan simbólica como la hasta ahora contemplada. La prisión y la suspensión introducidas en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, parecen proporcionadas a la gravedad del comportamiento tipificado.

3. Otras novedades en los delitos contra la Administración pública

La *Ley Orgánica 5/2010* también ha supuesto la elevación de las penas previstas para numerosos delitos relacionados con la corrupción pública.

En concreto, se ha introducido una modalidad agravada de blanqueo de capitales cuando los bienes tienen su origen en un delito contra la Administración pública o en un delito contra la ordenación del territorio (art. 301.1 *in fine*). Se ha establecido, asimismo, una pena de prisión más grave para el tráfico de influencias, y se han reformado los delitos de negociación prohibida a funcionarios públicos para introducir el castigo del particular en el art. 436 y para suprimir la referencia al deber de emitir informe en el art. 439 del texto punitivo.

Finalmente, tanto en los delitos de cohecho y tráfico de influencias como en los delitos urbanísticos se ha introducido la responsabilidad criminal de las personas jurídicas implicadas. No obstante, hay que advertir que esta responsabilidad sólo alcanzará a las personas jurídicas privadas. El sistema fijado en el nuevo art. 31 bis del Código no se extiende, según declara el apartado quinto del mencionado precepto, a las personas jurídicas públicas, salvo que éstas constituyan una mera cobertura de la actividad criminal.

4. Nueva perspectiva legal de la corrupción urbanística

La *Ley Orgánica 5/2010* también ha realizado una importante modificación del delito de prevaricación urbanística previsto en el *art. 320 del Código Penal*. La novedad más significativa en este punto es la introducción como objeto del delito de los instrumentos de planeamiento.

En general, las modificaciones realizadas tienden a superar las carencias de la regulación previa. Así, en primer lugar, hay que advertir que las penas de prisión y multa señaladas en el art. 320 dejan de ser alternativas. Con ello, la pena señalada para el funcionario prevaricador se equipara a la del particular autor de un delito urbanístico del paralelo art. 319.1 del Código. Ambos estarán ahora castigados con penas de prisión que irán de un año y seis meses —como pena mínima— a cuatro años —como máxima— y a una pena de multa de doce a veinticuatro meses. No obstante se aplicará al funciona-

rio, además de la prisión y la multa, la pena de inhabilitación generalmente prevista en el art. 420 del texto punitivo para los delitos de prevaricación ordinaria.

Por otra parte, en la nueva redacción se contempla expresamente una modalidad omisiva de prevaricación, paralela a la que, para el delito ecológico, prevé el art. 329 del Código. Se castiga, de este modo, a los funcionarios que silencian las infracciones urbanísticas detectadas con motivo de sus inspecciones o que omiten la realización de las inspecciones de carácter obligatorio —siendo difícil determinar de antemano cuáles son estas inspecciones obligadas, concepto en el que, a buen seguro, surgirán las discrepancias interpretativas—.

Hay que advertir que esta nueva modalidad típica supone el castigo de la omisión propia, por lo que, en principio, sigue abierta a la interpretación jurisprudencial la posibilidad de castigar la prevaricación urbanística en comisión por omisión. Esta «omisión impropia» o «comisión por omisión» se plantea en los casos en los que las autoridades administrativas, teniendo noticia de la realización de las obras ilegales, omiten deliberadamente las actuaciones legalmente establecidas, con carácter imperativo, para el restablecimiento de la legalidad urbanística —en concreto la suspensión de las obras ilícitas—. De este modo, su inactividad produce un resultado equivalente a la autorización expresa de las obras contrarias al ordenamiento. Al mismo efecto práctico se llegaría interpretando la nueva noción legal de «inspección obligatoria» como aquella que la autoridad urbanística ha de realizar necesariamente al tener conocimiento de la existencia de una obra ilegal. Habrá que esperar, por tanto, a que la interpretación jurisprudencial clarifique el sentido de la nueva modalidad omisiva expresamente introducida en el precepto.

No obstante, la principal novedad en relación al ámbito de aplicación de la prevaricación urbanística se ha producido en el trámite parlamentario de la Ley Orgánica 5/2010. El precepto hasta ahora vigente limitaba la esfera de la actividad prevaricadora al ámbito de la actividad edificatoria. Por tanto, la prevaricación agravada se ha referido exclusivamente hasta el momento a la autoridad o funcionario que otorga licencias o informa favorablemente las solicitudes de licencias de obras o de proyectos de edificación. Con esta perspectiva, quedaban fuera del precepto las verdaderas operaciones especulativas, que se producen en momentos previos del proceso urbanístico —fundamentalmente en el ejercicio irregular de las potestades de planeamiento—.

La nueva redacción del art. 320 del Código Penal incluye ahora en el ámbito típico de la prevaricación urbanística no sólo los proyectos de edificación —a los que el proyecto de ley presentado por el Gobierno sumaba ya los de urbanización—, sino también, por enmienda transaccionada en la ponencia del Congreso de los Diputados, los proyectos de urbanización, parcelación y reparcelación y, sobre todo, los instrumentos de planificación urbanística. Esta última referencia supone un verdadero cambio de paradigma en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio —y contra «el urbanismo», como aclara ahora la nueva rúbrica del capítulo—, que quedan por fin adecuadamente orientados al castigo de los comportamientos que más gravemente atentan contra la función social del suelo.

Finalmente, en el terreno de la pura técnica legislativa, la redacción del nuevo art. 320 aclara que el acto prevaricador puede infringir tanto las normas urbanísticas en sentido estricto como las normas de ordenación territorial —evidentemente, cuando éstas tengan carácter vinculante—.

II. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

1. Prevaricación de autoridades y funcionarios públicos municipales

En relación con el delito de prevaricación destaca la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 49, de 4 de febrero [RJ 1415]*. La Audiencia Provincial de Zaragoza había condenado en instancia al alcalde de la localidad de Alhama de Aragón por un delito continuado de prevaricación. Según los hechos declarados probados en la sentencia del tribunal provincial, tras producirse desavenencias entre el alcalde y el secretario del ayuntamiento, el primero procedió, prescindiendo del procedimiento aplicable, a incoar un expediente disciplinario contra el segundo, apartándolo cautelarmente del ejercicio de sus funciones por un periodo de cinco meses.

Esta resolución se adoptaba hasta tanto la Dirección General de la Administración Local acordara las medidas cautelares pertinentes. La Delegación del Gobierno remitió al ayuntamiento un requerimiento para que reintegrara al funcionario en su puesto, al considerar que la resolución dictada por el alcalde era ilegal, puesto que el único organismo competente para adoptar la medida cautelar aludida era la Dirección General de Cooperación Local. El alcalde permitió que el secretario se reincorporara al puesto de trabajo, pero le notificó en ese mismo momento un decreto en el que, con la pretensión de subsanar los defectos de la previa providencia, confirmaba la suspensión de funciones hasta que transcurriera el plazo de cinco meses. Sólo tras la interposición de recurso contencioso-administrativo por el abogado del Estado y ante el auto del Juzgado que le obligaba a alzar la suspensión, el alcalde levantó la medida acordada. No obstante, de los hechos probados se infiere, aunque el relato es confuso, que el alcalde, ampliando el expediente a nuevos hechos, acordó nuevamente la suspensión, que hubo de ser alzada otra vez en vía judicial. Las sanciones que fueron finalmente impuestas por el ayuntamiento fueron revocadas por la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial.

En la sentencia de casación el Tribunal Supremo señala que la Resolución de instancia no funda la calificación de los hechos como delito de prevaricación en la incompetencia del alcalde para dictar las resoluciones cuestionadas, sino en las múltiples irregularidades existentes en el expediente, en particular en la falta de notificación al interesado y en la carencia de motivación de las resoluciones dictadas. Para el Tribunal Supremo, a la vista de los propios hechos declarados probados en instancia, es dudoso que no se realizase la notificación aludida. Por su parte, la falta de motivación dio lugar a que se declarase la nulidad de los actos administrativos en la vía judicial contenciosa. A juicio del Alto Tribunal, la omisión del procedimiento establecido carece en el caso concreto

de la cualificación necesaria para determinar la existencia de delito, ya que no tuvo como finalidad y efecto inmediato la elusión de los controles que el ordenamiento jurídico establece. La sentencia de la Audiencia Provincial constata en las resoluciones dictadas la ausencia del requisito formal de motivación, pero no queda demostrada la inexistencia de una razón objetiva que justificara la decisión de fondo. A su vez, el Tribunal señala que el Ministerio de Administraciones Públicas dejó sin efecto las sanciones impuestas por el ayuntamiento por considerarlas desproporcionadas, no por carecer de causa justificativa. En definitiva, se aprecian «graves deficiencias en los argumentos del tribunal *a quo* que fundamentan la subsunción de los hechos en el tipo penal de la prevaricación», por lo que se casa la sentencia de instancia y se absuelve al acusado.

Similar planteamiento fáctico al resuelto por el Tribunal Supremo se observa en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila núm. 33, de 22 de febrero [JUR 178921]*, que condena al alcalde del Ayuntamiento de Peguerinos por un delito continuado de prevaricación. En su calidad de alcalde, y entendiendo que los diversos informes negativos emitidos por la secretaria-interventora obstaculizaban sus propósitos, el acusado había procedido a la contratación de una técnico en administración especial que ejerciera las funciones que venía desempeñando la secretaria. A raíz de esta contratación, el alcalde incoó cuatro expedientes disciplinarios contra la funcionaria «con el propósito de perjudicar a ésta» y conseguir que «de esta manera se marchara del ayuntamiento». Esto lo hizo, según los hechos probados de la sentencia, a sabiendas de que estos expedientes carecían de fundamento y conociendo que no tenía competencia para tramitarlos.

Conforme al relato fáctico que contiene la resolución, el acusado suspendió cauteramente de empleo y sueldo a la funcionaria municipal por un plazo de seis meses en los cuatro expedientes incoados, dejando después que tres de ellos caducaran. Producida la caducidad, el alcalde se negó a reintegrar a la secretaria el importe de la retribución que había dejado de percibir, por lo que hubo de ser un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo el que le reconociera su derecho a percibir estas cantidades. Un cuarto expediente sancionador sí fue tramitado por el acusado hasta su finalización, llegando a imponerse por el Pleno municipal una sanción de suspensión de funciones durante cuatro años. Esta sanción fue revocada en el orden contencioso-administrativo por la falta de competencia del alcalde. A su vez, la Dirección General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas resolvió —en relación con este expediente— que no procedía que la funcionaria fuera apartada del cargo al no haber incurrido ésta en infracción alguna.

En los fundamentos de derecho de la sentencia, el tribunal provincial desgrana las diversas pruebas que determinan la carencia de fundamento de los expedientes incoados. Por ejemplo, quedó acreditado que el expediente incoado por falta de asistencia a un pleno municipal se correspondía con una sesión a la que la secretaria había asistido. Habían faltado, en cambio, a dicha sesión un concejal y el propio alcalde —éste en segunda convocatoria—. Es más, el alcalde nombró instructor del expediente disciplinario al concejal ausente. La incoación de este expediente y la suspensión decretada

como medida cautelar es calificada por la Audiencia como ilegalidad «clamorosa» propia de un delito de prevaricación. Esta ilegalidad patente de la actuación del acusado también se aprecia en la sentencia respecto a los otros dos expedientes que se dejaron caducar.

En relación con el expediente tramitado hasta su finalización, los fundamentos jurídicos inciden en la manifiesta incompetencia del alcalde y en la falta de cumplimiento de las normas esenciales de procedimiento. La sentencia se apoya aquí en la resolución del Ministerio de Administraciones Públicas, que recuerda que la sanción de suspensión de funciones por más de un año debe ser sustituida por la destitución con prohibición de obtención de destino por el plazo que se fije hasta un máximo de tres años, y que la competencia para imponer esta sanción queda reservada al propio Ministerio. Se apoya igualmente la sentencia en esta detallada resolución del MAP para descartar cualquier fundamento en la exigencia de responsabilidad disciplinaria por los hechos que habían dado lugar al expediente.

La estrategia defensiva del acusado, muy habitual en estos casos, se basó en la alegación de desconocimiento del Derecho. Afirmó, así, que se había limitado a firmar los documentos redactados por la técnico contratada. La sentencia desmonta esta argumentación, señalando que difícilmente podía el alcalde alegar desconocimiento de la legalidad cuando había contratado a una técnico especialista para asesorarle, asignándole una alta retribución económica. Recuerda la resolución que, en cualquier caso, el acusado habría podido recurrir a la asistencia jurídica de otros órganos, como la Diputación Provincial. La declaración en juicio de los técnicos acreditó igualmente, a juicio del tribunal, que era el alcalde el que realmente tomaba las decisiones correspondientes a los distintos expedientes.

De este modo, el tribunal provincial impone al acusado, por el delito continuado de prevaricación, la pena de nueve años de inhabilitación para empleo o cargo público. La resolución se apoya en otros pronunciamientos jurisprudenciales para señalar una indemnización a favor de la secretaria afectada, a pesar del carácter colectivo del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación, e impone de esta forma al condenado la obligación de pagar 9.000 euros por los daños morales ocasionados.

Se procede, en cambio, a la absolución del alcalde acusado por delito de prevaricación en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 129, de 31 de mayo [JUR 371339]*. La sentencia de instancia había absuelto al alcalde de la localidad de Torreperogil, que había permitido el funcionamiento de una funeraria clandestina a la que había sido denegada la licencia de apertura. Aunque la Audiencia Provincial reconoce que la prevaricación puede también cometerse en comisión por omisión, tal y como estableció el Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, coincide con la sentencia apelada en la insuficiencia de prueba del mencionado delito. Recuerda, además, que, no habiéndose solicitado por el fiscal la práctica de prueba en segunda instancia ni la citación del acusado a efectos de ser oído, no es posible la revisión del pronunciamiento fáctico absolutorio.

2. Delitos de cohecho

En materia de cohecho es destacable la *Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de mayo de 2010 [JUR 337906]*. La Audiencia Provincial de Álava, constituida como Tribunal del Jurado, había condenado a uno de los acusados como autor de un delito de cohecho activo, por ofrecer la cantidad de 120.000 euros a un concejal a cambio del voto favorable a la construcción de un campo de golf en la localidad de Laguardia. La sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El punto central del recurso tenía carácter procesal. El magistrado-presidente del Tribunal del Jurado había excluido del objeto del veredicto los hechos relativos a otra de las personas acusadas, a la que el fiscal consideraba el verdadero promotor del soborno, estimando que no existía frente a ella una prueba de cargo suficiente. Para el magistrado, la declaración del coimputado carecía de suficientes elementos de corroboración. Uno a uno, descartaba en su sentencia los diversos indicios presentados por el Ministerio Fiscal a estos efectos.

En este punto, conviene señalar que la declaración de coimputado, en cuanto puede tener como única finalidad la obtención por el declarante de un beneficio procesal o la exclusión de la propia responsabilidad criminal haciéndola recaer en un tercero, es una prueba que se considera inidónea para desvirtuar por sí misma el derecho a la presunción de inocencia. Es necesaria, desde una interpretación garantista que desgraciadamente no siempre ha preponderado en nuestra jurisprudencia, la concurrencia de otros elementos que corroboren esa declaración. Una de las misiones del magistrado-presidente del Tribunal del Jurado es la disolver éste —o excluir, en su caso, determinados hechos del objeto del veredicto— cuando la prueba practicada en el juicio oral haya sido objetivamente insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, evitando así la posible emisión de un veredicto condenatorio que, en todo caso, debería ser posteriormente anulado por infracción de este derecho fundamental.

En el caso aludido, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco examina los siete indicios presentados por el fiscal para corroborar la declaración inculpativa del coimputado y llega a la conclusión de que, considerados en su conjunto, podrían llegar a servir de corroboración externa suficiente. Entiende, por tanto, el Tribunal Superior que el magistrado-presidente no debió sustraer al jurado la valoración de estos hechos. Anula, por ello, la sentencia impugnada y ordena la celebración de un nuevo juicio ante un jurado y un magistrado-presidente distintos.

3. Malversación de caudales públicos

Quizá sea la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.394, de 25 de enero [RJ 1459]*, la resolución más relevante sobre malversación de caudales públicos recaída en el año 2010. Confirma el Alto Tribunal la previa sentencia de la Sala Penal de la Audiencia

Nacional en el conocido como *caso saqueo*, relativo a la gestión realizada en el Ayuntamiento de Marbella desde el año 1991 —en el que la formación política GIL ganara las elecciones municipales con mayoría absoluta—. El alcalde de la localidad, fallecido en 2004, siguiendo el plan ideado por un abogado contratado para el asesoramiento y la defensa jurídica del ayuntamiento, creó hasta treinta y una sociedades municipales nominalmente dedicadas a la gestión de áreas de servicios. Según la sentencia de instancia, la finalidad real de las entidades creadas era la de sustraer del propio ayuntamiento la dirección de la mayor parte de la actividad municipal, de forma que ésta pudiera llevarse a cabo de forma opaca y sin control interno efectivo. Las sociedades creadas recibían subvenciones y transferencias de dinero público procedente del ayuntamiento. El abogado, concertado con el asesor fiscal contratado para realizar las auditorías y con el gerente de la empresa municipal del planeamiento, procedió al desvío de fondos públicos en diversas operaciones que la sentencia de instancia detalla en relación con tres de las sociedades creadas.

Estas operaciones recibían una cobertura formal que justificaba aparentemente el uso de las cantidades detraídas. Se llevaba, así, una contabilidad simulada que era trasladada a los libros de comercio y a las declaraciones tributarias y que se basaba en una facturación ficticia correspondiente a empresas que supuestamente habían prestado servicios al ayuntamiento. Estos servicios, en realidad, nunca habían tenido lugar. Las supuestas empresas habían sido previamente adquiridas por uno de los acusados y constituían una mera fachada con la que justificar la contabilidad ficticia de las sociedades municipales.

De acuerdo con estos hechos probados, la sentencia de instancia condenó al abogado acusado, por un delito continuado de malversación de caudales públicos, a las penas de siete años de prisión y diez de inhabilitación absoluta, y, como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a las penas de dos años de prisión y multa de nueve meses, con una cuota diaria de ciento cincuenta euros. El asesor contable fue condenado a seis años de prisión y diez de inhabilitación absoluta, por la malversación, y a las penas de dos años de prisión y nueve meses de multa, esta vez con una cuota de cien euros, por la falsedad documental. El gerente de la empresa de planeamiento fue condenado a la pena de cinco años de prisión y diez de inhabilitación, por el primer delito, y a la de un año y diez meses de prisión y nueve meses de multa, con cuota diaria de cincuenta euros, por el segundo.

Junto a los motivos procesales, que son igualmente desestimados, las defensas discuten en casación la calificación jurídica realizada por la Audiencia Nacional. Entienden los recurrentes que la formación de contabilidad ficticia es inherente al delito tributario y queda absorbida por éste. El Tribunal Supremo descarta este argumento al señalar que las diversas falsedades cometidas no habrían tenido el exclusivo fin de realizar una defraudación tributaria sino también el de dar cobertura formal —creando una apariencia contable de gastos— a la descapitalización del Ayuntamiento de Marbella constitutiva del delito de malversación. Y esto a los fines de eludir controles jurídicos ajenos al ámbito tributario, como por ejemplo la fiscalización del Tribunal de Cuentas o de los in-

terventores. Rechaza igualmente el Alto Tribunal que existiera una relación de concurso medial —con el consiguiente tratamiento punitivo privilegiado— entre las falsedades documentales y el delito de malversación. Al contrario, el Tribunal Supremo estima que ambos delitos se cometían en paralelo, no siendo el primero un instrumento para cometer el segundo.

Más interesantes son las valoraciones que contiene la sentencia del Tribunal Supremo frente a alegada vulneración del art. 65.3 del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Los acusados razonan que no tienen la condición de funcionarios y que, por este motivo, debieron beneficiarse de la atenuación que para el *extraneus*, en los denominados «delitos especiales propios» —aquellos que sólo puede cometer el que tenga la cualidad subjetiva exigida por el tipo, en este caso la condición de funcionario público—, se establece en la Parte General del Código. Hay que tener en cuenta que los acusados fueron castigados como autores del delito de malversación *impropia*, por aplicación del art. 435.1.º del texto punitivo, que extiende la responsabilidad criminal por este delito a los que se hallen encargados por cualquier concepto de los fondos públicos. Entiende el Tribunal Supremo que este precepto sigue teniendo carácter de delito especial y que, por tal motivo, no excluye la regla general del art. 65.3 del Código. Ahora bien, el Alto Tribunal señala que este precepto establece una rebaja facultativa, por lo que no debe operar en casos en los que la conducta del *extraneus* tiene una gravedad cualificada, confirmando en este punto la decisión tomada por el tribunal de instancia.

También confirma el Tribunal Supremo el carácter continuado del delito de malversación, rechazando que ésta deba contemplarse como una acción única derivada de la unidad de propósito de los autores. Entiende el Alto Tribunal que la unidad de acción debe contemplarse desde una perspectiva normativa, constituyendo las diversas distracciones de fondos públicos acciones plurales pero homogéneas, determinantes así de la continuidad delictiva.

Se rechaza igualmente la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas atendida la complejidad del proceso —iniciado en 2001— y en atención a los «avatares vitales y procesales de las partes implicadas». También descarta el tribunal la petición formulada por la defensa de aplicar una atenuante analógica por el juicio paralelo sufrido por los acusados durante la tramitación del proceso, circunstancia ajena a la tramitación del procedimiento y fuera, por tanto, del dominio de los órganos de la justicia penal.

La *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 132, de 18 de febrero [RJ 561]*, confirma la previa condena por delitos de falsedad y malversación recaída en instancia. Según la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, constituida como Tribunal del Jurado, uno de los acusados había presentado al distrito de Macarena del Ayuntamiento de Sevilla diversas facturas falsas correspondientes a obras no ejecutadas o ejecutadas sólo parcialmente. Este proceder fue permitido conscientemente por el secretario del distrito de Macarena, que, por este motivo, fue condenado por delito de malversación de

caudales públicos. La sentencia condenatoria fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que confirmó la condena impuesta por el Tribunal del Jurado.

El recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo sostiene que de los hechos probados se desprende que los acusados tuvieron en todo momento el propósito de ejecutar las obras, que no llegaron a concluir por razones ajenas a su voluntad. El Tribunal Supremo rechaza el argumento señalando que el régimen jurídico de la contratación pública no admite que el contratista de obras pueda resarcirse unilateralmente del perjuicio que le supone la ejecución del contrato presentando una factura que declara falsamente la finalización de la obra y fija unilateralmente el importe del perjuicio. Con esta base, el Tribunal Supremo considera que «no puede aceptarse, en el marco jurídico de la contratación administrativa de cualquier sistema democrático, la irrelevancia penal de la conducta de aquel que autoriza un pago basado en una factura falsa que no se corresponde con obra realizada y que, en realidad, está encubriendo el abono de una cuantía final que, lejos de ser fijada con arreglo a los criterios legales [...], se determina de forma unilateral por quien se considera perjudicado por la movilización de efectivos y la no ejecución total de las obras».

El Alto Tribunal también mantiene la condena por el delito de falsedad en relación a los cheques relativos al pago de las facturas falsas. El Tribunal Supremo recuerda que, de acuerdo con los hechos probados, el secretario añadía de su propia mano en los cheques el nombre del otro acusado, como destinatario del mandato de pago, para eludir los controles administrativos. De otro modo, la entidad librada habría estado obligada a exhibir los poderes otorgados por la empresa contratista, cuyos datos habían sido falseados por el acusado para aparentar que actuaba por su cuenta.

La *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 238, de 17 de marzo [RJ 2423]*, también condena por delito de malversación de caudales públicos. La Audiencia Provincial de Logroño había absuelto al alcalde de la localidad de Casalarreina, a pesar de reconocer en su relato fáctico que el acusado había creado una caja con dinero efectivo del que había dispuesto parcialmente para sufragar gastos propios por desplazamientos y dietas en cantidades superiores a las legalmente establecidas para tales conceptos. El Tribunal de Cuentas fijó en 1.675.091 pesetas el total de las cantidades indebidamente percibidas como dietas, gastos de locomoción y otros gastos.

La Audiencia había excluido el delito de malversación al entender que estas cantidades, aun alcanzando un importe indebido, correspondían al ejercicio efectivo y real de las funciones del alcalde. El Tribunal Supremo se opone en la sentencia de casación al razonamiento de la Audiencia. Considera que este tipo de argumentación llevaría a que comportamientos delictivos graves, como inflar el valor real de un contrato a efectos de enriquecer a los particulares en detrimento de las arcas públicas, quedaran impunes por obedecer a negocios realmente existentes. Por otra parte, el Alto Tribunal señala que el proceder «tosco y zafio» del acusado denotaba indudablemente una situación subjetiva de dolo. Una conclusión a la que señala que debería llegarse igualmente por la vía de la

ignorancia deliberada, puesto que el alcalde habría podido acudir en todo momento al asesoramiento del interventor del ayuntamiento.

Casa, por tanto, el Alto Tribunal la sentencia absolutoria y condena al acusado por delito de malversación simple del art. 432.1 del Código Penal. Descarta además la atenuante por reparación del daño que postulaba el fiscal, al entender que la reintegración de las cantidades malversadas se produjo en obligado cumplimiento de una resolución del Tribunal de Cuentas. Aplica, sin embargo, el Tribunal Supremo la atenuante de dilaciones indebidas. En la individualización de la pena, entiende el Tribunal que el carácter continuado del delito —al no ser la malversación una infracción puramente patrimonial— ha de operar en sentido puramente agravatorio, lo que se compensa, a su vez, con la apreciación como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas. Esto lleva a la imposición de una pena de dos años de prisión y cuatro de inhabilitación absoluta.

Desde el punto de vista procesal resulta interesante la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 273, de 3 de marzo [RJ 4480]*. La Audiencia Provincial de Baleares había dictado sentencia condenando a los acusados —el alcalde de Llucmajor, su compañera sentimental y un concejal de la localidad— por delitos de malversación de caudales públicos y alzamiento de bienes. Los acusados, según la sentencia de instancia, habían constituido cuatro sociedades que tenían como único cliente al ayuntamiento, obteniendo así pagos ilícitos de éste, a veces incluso con facturas falsas correspondientes a servicios inexistentes. Con ello causaron un perjuicio patrimonial a la corporación municipal superior a los 681.000 euros.

Los condenados recurrieron en casación alegando la falta de imparcialidad del presidente del tribunal. Éste, en el curso de los debates, había dirigido diversas preguntas a los testigos que, según los recurrentes, evidenciaban una sospecha fundada de parcialidad. Entiende el Tribunal Supremo que las preguntas realizadas tenían en el caso concreto una finalidad puramente aclaratoria. No obstante, estima el Tribunal el recurso en lo relativo a los defectos de motivación de la sentencia de instancia, que omitía toda referencia a la prueba de descargo practicada y que realizaba una valoración insuficiente de la prueba indiciaria concurrente. Según el Alto Tribunal, en la sentencia impugnada se expresa reiteradamente el convencimiento del órgano de instancia sobre la culpabilidad de los acusados, pero se prescinde de toda referencia al proceso de inferencia lógica del que resulta dicho convencimiento. En palabras del Tribunal Supremo, «sobran las afirmaciones y faltan acreditaciones que las sostengan».

El Alto Tribunal realiza críticas igualmente severas a la sentencia de instancia con ocasión del recurso de casación del fiscal. Las calificaciones definitivas del Ministerio Fiscal habían sido rechazadas por la Audiencia, según señala el propio Tribunal Supremo, porque todos los delitos comprendidos en ellas habían tenido una finalidad única y porque la pena derivada de un concurso real de infracciones se estimaba excesiva. El Tribunal señala que esta respuesta es «inmotivada» y carece «de razonamientos mínimamente admisibles». Declara la nulidad de la resolución y señala al tribunal de instancia su deber de dictar una nueva sentencia que subsane «las graves deficiencias expuestas».

Confirma, en cambio, la previa condena por malversación la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 402, de 6 de mayo [RJ 5169]*. En primera instancia, la Audiencia Provincial de Salamanca había condenado al tesorero del Ayuntamiento de Peñaranda de Bracamonte. Éste, prevaleciendo de las facilidades que le proporcionaba el cargo desempeñado, había presentado a diversas entidades bancarias documentos de reintegro de fondos en los que imitaba la firma del alcalde y la interventora. Obtuvo, así, en beneficio propio fondos municipales por valor total de 95.475,43 euros, simulando en el reverso del propio documento que iban destinados al pago de facturas que ya habían sido satisfechas y haciendo coincidir el importe del reintegro solicitado con el de dichas facturas. La sentencia de instancia aplicó al acusado la atenuante de reparación del daño por el abono previo de 60.000 euros y la de alteración psíquica, al reconocer que el acusado tenía «una personalidad psicopática» que disminuía al tiempo de los hechos sus facultades volitivas. Se le impuso por ello una pena de tres años de prisión y otra de inhabilitación absoluta de cinco años.

El recurso de casación interpuesto por la defensa es rechazado íntegramente por el Tribunal Supremo. Éste confirma el fallo condenatorio y rechaza la aplicación de la atenuante de confesión, al recordar que una reiterada jurisprudencia interpreta que el concepto de «procedimiento judicial» del art. 21.4.^a comprende las actuaciones policiales previas. Por tanto, habiendo tenido lugar la confesión del acusado tras dirigirse contra él las pesquisas policiales, no puede aplicarse a su favor la atenuante solicitada, incompatible además con un reconocimiento de hechos intrascendente, parcial o inexacto.

En el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 707, de 7 de julio [RJ 7324]*, se ordena la repetición del juicio de instancia, que se declara nulo. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares había condenado al acusado, alcalde de la localidad de Valle Gran Rey, por el cobro de dietas y gastos de desplazamiento por valor de 8.383.000 pesetas sin justificación de la razón, necesidad o utilidad de los mismos y percibiendo la integridad de la dieta aun cuando no pernoctara fuera de su domicilio y contando a estos efectos los sábados, domingos y festivos. Además, como diputado del Parlamento autonómico, el acusado había percibido más de un millón de pesetas por los mismos conceptos.

Ante el recurso presentado por la defensa, el Tribunal Supremo estima que el jurado debió pronunciarse sobre la concreta cuantía de las cantidades malversadas en coherencia con la correspondiente prueba pericial practicada. Sin embargo, la sentencia de instancia establece una cuantía, declarada probada por el jurado, que no concuerda con la señalada en la pericial a la que se remite. La falta de justificación de la cuantía señalada por el jurado supone una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que lleva al Tribunal Supremo a anular el juicio y la sentencia y a ordenar un nuevo juicio oral ante un jurado distinto.

En el terreno de la llamada «jurisprudencia menor», la *Sentencia núm. 171, de 25 de junio [JUR 265565]*, de la Audiencia Provincial de Cáceres, constituida como Tribunal del Jurado, condena por delito de malversación a una funcionaria de Policía Local que

se había apropiado del dinero procedente del cobro de sanciones. En este caso, es destacable que la conducta de la acusada fue descubierta gracias a una investigación interna de la propia Policía Local, una vez que un ciudadano se presentó en las dependencias municipales quejándose de haber recibido la sanción pese que había procedido previamente al abono de su importe.

El jurado estimó, por unanimidad de sus miembros, que resultaba probado que la acusada, como funcionaria de la Policía Local de Cáceres destinada en la unidad de grúa municipal y, ocasionalmente, en el depósito municipal de vehículos, se había apropiado de cantidades entregadas por los ciudadanos para el pago de la tasa de grúa o en concepto de «pronto pago» del importe de las multas impuestas, por un valor total de 2.235 euros.

La sentencia dictada por el magistrado presidente del Tribunal del Jurado examina la concurrencia de los requisitos propios del delito de malversación. Así, la acusada tenía indudablemente la cualidad de funcionario público. A su vez, el dinero recibido tenía la condición de «efectos o caudales públicos», puesto que, siendo una tasa comprendida en el art. 2.2.a) de la Ley General Tributaria, la jurisprudencia penal entiende que desde el momento de la entrega al funcionario pasa a formar parte del patrimonio público y es susceptible de integrar el tipo de malversación. Este dinero se encontraba a cargo de la acusada «por razón de sus funciones», puesto que una de ellas era justamente el cobro de las multas y tasas de grúa.

4. Atentados contra autoridades municipales

Debemos destacar dos sentencias del Tribunal Supremo que vuelven a poner de manifiesto las difíciles condiciones en las que las autoridades municipales de ideología democrática deben desempeñar sus funciones en el País Vasco.

En primer lugar, destaca la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 57, de 10 de febrero [RJ 557]*. Según los hechos declarados probados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —tribunal competente por ejercerse acusación por un delito de «terrorismo individual» del art. 577 del texto punitivo—, la víctima, concejal del Ayuntamiento de Getxo por el Partido Popular, mientras se encontraba en las fiestas de la localidad de Algorta, fue abordada por el acusado, que se aproximó a ella y le dijo, al tiempo que la apuntaba con un dedo: «antes de cinco años te vamos a matar». La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al acusado por un delito de amenazas terroristas del aludido art. 577 del texto punitivo, al entender que aquél pretendía atemorizar a la víctima, en su calidad de miembro del Partido Popular y en su condición de cargo público municipal, a los fines de contribuir a subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública.

La sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular. Ambas estimaban que había debido condenarse en instancia también por delito de atentado.

Entendían los recurrentes que no hay una total homogeneidad entre el tipo de amenazas del art. 577 y el delito de atentado. Para la apreciación de la amenaza terrorista basta atender a las circunstancias de la víctima, que, por su ideología y pertenencia a un partido político constitucionalista, formaba parte del grupo de ciudadanos al que la actividad terrorista pretende atemorizar y doblegar. Este delito no llega a cubrir, por tanto, la lesión del bien jurídico propio del tipo de atentado a la autoridad, que protege la función pública que desempeña el sujeto acometido o amenazado.

El Tribunal Supremo señala que la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Fiscal es correcta. Efectivamente, de haberse producido los hechos tal y como son descritos en el recurso, estima que cabría la doble condena —en concurso ideal de delitos, dada la unidad de acción— por los tipos penales previstos en los arts. 551.2 —atentado cualificado— y 577 —el llamado «terrorismo individual» o realización de actos terroristas sin pertenecer a una organización criminal de esta naturaleza—, ambos del Código Penal.

No obstante, el Alto Tribunal rebate la tesis fáctica del fiscal y estima que la acusada se encontraba en el lugar de los hechos a título particular. En estas circunstancias, el Tribunal considera que sólo cabe la condena por delito de atentado si, aunque no se ejerzan funciones públicas en el momento de los hechos, la acción se ejecuta con la finalidad de perturbar las funciones que la víctima debe desempeñar en lo sucesivo o en represalia de las ya desarrolladas. No desprendiéndose del relato fáctico ese especial propósito de perturbar o atacar la función pública ejercida por la víctima, se rechaza el recurso de casación interpuesto y se mantiene la condena por un único delito de amenazas terroristas.

La sentencia de la Audiencia Nacional también fue recurrida por la defensa, al entender indebidamente aplicado el art. 577 del Código. El recurrente estimaba que el concepto de terrorismo debe ser interpretado restrictivamente y que de la declaración de hechos probados no se desprendía en modo alguno el carácter terrorista del delito cometido. A juicio de la defensa, el aludido precepto fue introducido en el año 2000 en el Código Penal para combatir el fenómeno del «terrorismo urbano», al que no podía adscribirse la acción realizada por el acusado.

El Tribunal Supremo recuerda, frente a esta argumentación, que el carácter terrorista de las conductas incriminadas en el art. 577 no tiene carácter subjetivo sino naturaleza objetiva. No se requiere, por tanto, la pertenencia a la organización criminal terrorista sino la coincidencia de los fines de la acción realizada con los que la organización persigue. El Alto Tribunal añade que el propósito terrorista de la conducta en el caso concreto queda establecido en los hechos probados cuando éstos señalan que la actuación del recurrente pretendía subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo que incide en esta materia es la *núm. 636, de 2 de julio [RJ 7189]*. La Audiencia de Guipúzcoa había condenado al acusado como autor de un delito de atentado a la autoridad, un delito de desórdenes públicos y, finalmente, un delito de amenazas graves no condicionales. No obstante, apreció una eximente incompleta por el trastorno paranoide sufrido por el acusado, que,

según los hechos probados, le provocaba episodios sicóticos agudos y transitorios y que le afectaban en el momento de los hechos. El acusado había amenazado y agredido a un concejal del Partido Socialista de la localidad de Pasaia a la salida de un pleno municipal. También había participado en los disturbios que, en la sala de plenos, había generado un grupo de simpatizantes del partido al que pertenecía la alcaldesa de la localidad, Acción Nacionalista Vasca, ilegalizado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de septiembre de 2008.

La acusación particular recurrió en casación la sentencia al considerar que el acusado no estaba afectado en el momento de los hechos por el trastorno paranoide que tenía diagnosticado. El motivo del recurso es rechazado por el Alto Tribunal, que estima que la actuación del acusado en el momento de los hechos obedecía a una interpretación delirante de la realidad provocada por su padecimiento psíquico.

La sentencia de instancia también fue recurrida por la defensa. Discute el recurso presentado por el acusado que las expresiones proferidas por éste puedan ser catalogadas como amenazas graves. En los hechos probados de la sentencia de instancia se señala que el acusado dijo al concejal socialista, antes de agredirle con un puñetazo, la frase «mide bien lo que haces, anda con ojo a partir de ahora». El Tribunal Supremo estima que la calificación jurídica realizada por la Audiencia Provincial es correcta, ya que la amenaza debe ser valorada de acuerdo con su contexto, en el que no puede ignorarse la existencia de una organización criminal que actúa por razones políticas contra los concejales del partido de la víctima. Una organización que, en ese momento, se veía respaldada por la formación ilegalizada a la que el acusado había acudido a apoyar en aquel pleno.

También discute el recurrente la aplicación del tipo penal de desórdenes públicos del art. 558 del Código Penal. Considera que no se dio el resultado exigido por el aludido delito, ya que no se produjo una perturbación grave del pleno municipal. El Tribunal Supremo rechaza nuevamente esta argumentación. Estima que fueron las concretas acciones declaradas probadas —como los gritos, silbidos y la utilización de los calificativos de «asesinos» y «torturadores», realizadas por el grupo de personas en el que se encontraba el acusado, «tras haberse situado estratégicamente frente a los concejales socialistas»— las que obligaron a éstos a abandonar la sala, momento en el que fueron acosados por los asistentes. Por tanto, el Alto Tribunal considera que la interrupción forzada y abrupta de la sesión en ese contexto de acoso es suficiente para la subsunción de los hechos en el tipo penal aludido.

5. Responsabilidad civil subsidiaria

La *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 963, de 21 de octubre [RJ 7878]*, descarta la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera por las lesiones causadas dolosamente a un ciudadano en el transcurso de un «botellón». En los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial de Cádiz constaba que los

dos acusados habían agredido a la víctima con botellas de cristal en el aparcamiento del «botellódromo» situado en el recinto ferial de la localidad. Uno de los acusados había llegado a clavar una botella rota en el ojo izquierdo de la víctima, produciéndole la pérdida del globo ocular. En el recurso de casación interpuesto por la acusación particular se solicita que se declare la responsabilidad civil subsidiaria del ayuntamiento, de acuerdo con el art. 120.3 del Código Penal. A juicio del recurrente, que invocaba el art. 54 de la Ley de Bases de Régimen Local y los arts. 223 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, se trataba de una actividad de ocio realizada en espacio abierto municipal a la que debió dotarse de entrada y salida para servicios de emergencias y de una mayor dotación policial para garantizar la seguridad. El incumplimiento de estas obligaciones por la corporación habría generado un riesgo ilícito con el que el delito enjuiciado tendría una relación directa, siempre según el recurrente.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso alegando que la normativa invocada se refiere a los daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de la autoridad y sus funcionarios y agentes. El Tribunal Supremo acoge esta interpretación, descartando igualmente que exista una infracción achacable al ente local de acuerdo con la llamada «Ley antibotellón» —Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en determinadas actividades de ocio en espacios abiertos de los municipios de policía—. A juicio del Tribunal Supremo, aunque esta norma obliga a establecer una dotación policial para la vigilancia del lugar, la actividad preventiva policial se refiere fundamentalmente a la evitación de aglomeraciones de personas, la saturación del espacio, la formación de tumultos o los enfrentamientos de bandas rivales. No sería en ningún caso un fundamento normativo suficiente para establecer una relación causal con un enfrentamiento individual como que el que es objeto de controversia. El Tribunal Supremo también destaca la falta de constancia en el relato fáctico de algún tipo de dilación en la prestación de la asistencia sanitaria que fuera relevante en la producción de las lesiones de la víctima.

También es interesante la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 354, de 23 de abril [RJ 4918]*, que resuelve el recurso interpuesto por la Mutua General de Seguros en relación con la responsabilidad civil derivada del delito de lesiones producido durante el desarrollo de las fiestas de la localidad de Almanzora. La Mutua General había concertado un contrato de seguro con el Ayuntamiento de Almanzora que no cubría las responsabilidades civiles derivadas de los daños causados por inobservancia de disposiciones legales o reglamentarias. El ayuntamiento había sido declarado responsable civil por la falta de dotación policial y personal para la vigilancia del recinto habilitado por el ayuntamiento para el desarrollo de las fiestas. Sin embargo, el Tribunal estima que esta omisión no tuvo ninguna relevancia causal en la producción de los hechos. La presencia policial no habría evitado la producción de las lesiones. Por tanto, la cláusula de exclusión de la cobertura carece de operatividad.